

A positivação no século XIX

No início do século XIX ocorreu uma mudança no quadro das teorias científicas. Uma teoria não estaria mais posicionada simplesmente pela sua autoridade, nem mais por sua razão explicativa e sistemática, mas, sim, por sua relação histórica com os valores de um povo.

A história do Direito também se torna uma ciência. Por meio de Carl von Savigny, jurista alemão nascido em Berlim, em 1779 (falecido em 1861), a fonte originária do Direito passa a ser a convicção comum do povo (o “espírito” do povo).

Significando dizer que o Direito não se mostrava mais como pura dedução racional, mas passou a depender também do tempo e espaço onde está inserido. Por isso a importância de se aprender o Direito a partir do viés histórico (por meio do processo de investigação histórica).

Consequentemente, para o estudo, interpretação e aplicação do Direito, a doutrina passa a ganhar relevância.

Dessa forma, a Escola Histórica tratou-se de uma síntese do material romano com a sistemática desenvolvida na era moderna. A história era vista como um processo criado pelo homem, assim como o Direito.

Assim, nesse período ocorre um crescimento exponencial da quantidade de normas redigidas oficialmente, bem como pela decretação dos costumes. O Direito Romano foi utilizado nessa época dada sua importância histórica, ocupando lugar na hierarquia das fontes aplicáveis.

Sob o aspecto político, a história acompanha o conceito de nação. A soberania passa a ser justificada como algo pertencente à nação e não mais na divindade ou no rei. Com isso, é a nação que deve produzir, elaborar, criar o Direito, numa concepção então regida pela separação e harmonia dos poderes. Por força disso, e consequentemente, as leis positivas ganham maior relevância.

Registra-se, nesse contexto, que o termo “positivação” quer significar o Direito que é posto pelo legislador. Em sentido estrito, se trata de um fenômeno particular do Direito a partir do século XIX, considerando que o crescimento das funções estatais, quadros técnicos e aumento dos profissionais pertencentes à Administração Pública, impuseram a necessidade de que o Direito fosse produzido e positivado.

Dessa forma, a positivação passa a ser um termo correlato de decisão, a solução encontrada por meio da vontade do juiz ou do legislador.

Importante destacar que esse se tratou de um período conhecido pela hegemonia do texto da lei e da pormenorização dos comportamentos regulados, correspondente à Escola da Exegese na França e ao da Doutrina dos Pandectistas na Alemanha.

O Direito, assim, passa a ser reconhecido como um sistema fechado, sem lacunas, por meio do qual os conflitos podem ser solucionados.

Além disso, esse período da história do Direito também é marcado pelo denominado “dogma da subsunção” da norma, se tratando de fórmula lógica para a aplicação do Direito (premissa maior = diretiva legal genérica + premissa menor = caso concreto > conclusão/solução da problemática por meio de decisão).

A ciência dogmática atual

No que se refere à ciência dogmática atual, é preciso destacar, de início, que a segunda metade do século XX foi marcada por críticas em relação ao formalismo e a sistematização do Direito.

Surge, então, a orientação dogmática voltada aos valores, com a ideia de um sistema aberto, sempre a ser completado por meio da ponderação pregada por Claus-Wilhelm Canaris (jurista alemão, nascido em 1937 e falecido em 2019).

Importante também registrar que nesse período da história do Direito, também surgem as escolas voltadas à teoria da argumentação jurídica, por meio dos juristas Theodor Viehweg (alemão, nascido em 1907 e falecido em 1988) e Chaïm Perelman (belga, nascido em 1912 e falecido em 1984).

Para encerrar esta aula, registramos que nas próximas utilizaremos essa base histórica que vimos até agora para, então, analisarmos o Direito sob o aspecto analítico-interpretativo-argumentativo, com base na abordagem da dogmática-jurídica.